



POR

EL LIC^DO SEBASTIAN DE Porras y Molina, Abogado en los Consejos,

CON

Don Iñigo de Bernui y Mēdoça, Mariscal de Alcala, Cessionario de los herederos de don Pedro Luis de Hozes.

SOBRE

Que se reuoque la sentencia de remate pronunciada contra el Licenciado en fauor del Mariscal, por mil ducados, y costas.

SI regularmente surte el hecho renombre de padre del derecho, *l. si ex plagis 53. §. in cliuo Capitolino ad leg. Aquil. Barb. in l. Titia 35. num. 25. solut. matrim.* en nuestro caso de padre y madre; porque con sola su relaciõ ajustada se podrà tomar resolucion igual.

 Era

Era deudor comũ el Alcaide Pedro de Salaçar Bibanco del dicho dõ Pedro Luis de Hozes, y otros muchos acreedores. Administrador de sus bienes puestos en concurso el Doctor Iuan Angel de Andrada, suegro del Licẽciado. Estaua proxima la vltima de las cuentas de la administracion: la comunicacion entre don Pedro Luis, y el Administrador no remota. Procedio della conuenirse, que pusiesse en data mil ducados, como si los ouiera pagado a don Pedro Luis: porque creyeron, que el Consejo de Hazienda, ò Contaduria de cuentas, que ouiesse de tomar estas, passaria en ellas la partida, mostrandole recibo de quien no se dudaua ser acreedor, ò de su Procurador. Y para poner en efecto este intento, procedido y causado de la buena correspondencia, y amistad que auia entre el Administrador, y don Pedro Luis. Dio poder al Licenciado para que cobrasse del Administrador la dicha suma. Y en virtud del dio el Licenciado carta de pago della al Administrador: el qual la puso entre las demas partidas de la Data, conforme lo tratado; pero echaronsela fuera, y boluieronle la dicha carta de pago.

Y este acto de boluersela (aunque cortemos el hilo de la relacion, por pedir este lugar la aduertencia) deshaze el motiuo que el Mariscal ha excitado: de que se le reprobò aquella cantidad. O por auerla puesto otra vez en Data; ò porque auiendosele cometido, que la pagasse de las resultas que auia dado en otras cuentas. Respondio a la notificacion, negando auer dado tales resultas. Pues si *lo primero* fuera cierto, de auerlas puesto otra vez en Data, le rasgaran la carta de pago, y no se la boluieran. Y si *lo segundo* de auer dado resultas, no las negara. Y asi la dicha carta de pago se echò fuera por pagada antes del lugar y grado, que por la sentencia del concurso le tocaua.

Muriò don Pedro Luis, y sus herederos reconociẽdo

do

do la buena fee, no pidieron al Licenciado coſa alguna en año y medio que fueron dueños del cenſo , y reditos contra el Alcaide. Deſpues vendieron eſte derecho al Mariſcal : el qual haziendoſe deſentendido de l diſcurſo referido, pidio que el Licenciado declaraſſe con juramento ſi le auia dado don Pedro Luis el poder que queda referido; y ſi en virtud del auia dado la carta de pago de los dichos mil ducados al Adminiſtrador. Y auiendo paſſado algunos lances en razon de que no auia de començar el pleito por aquel camino del juramento, ſe traxo ſobre eſto el negocio a eſta Real Chancilleria. Donde guſtadas las excepciones y replicas , y eſtimadas por demas dilatado conocimiento, que el ingreſſo executiuo ſuele permitir , ſe mandò librar mandamiento de execucion contra el Licenciado, reſeruandole ſus excepciones para los diez dias.

En eſtos probò con el eſcriuano, y teſtigos inſtrumentales *no auer recibido* los mil ducados , *que dio en confiãça* la carta de pago dellos, *que ſe la boluio el Adminiſtrador*, por no auerſe conſeguido el intento de q̃ ſe paſſaſſe en ſus cuentas, *y lo demas que le conuino*. Pero deſeſtimòlo el juez (que fue vn Recetor nombrado por eſta Real Audiencia a pedimiento del Mariſcal, por dezir, que el Licenciado tenia mucha mano en la villa de Rute) y pronunciò la dicha ſentencia de remate: de que el Mariſcal vencedor ha vſado cruelmente, excediendo ſus moleſtias y vexaciones a la flaqueza de ſu pretenſion.

El Licenciado ha interpueſto apelacion de todo , y inſiſte en que la ſentencia fue injuſta , y ſe ha de reuocar por las razones inſinuadas en la propueſta del caſo. El Mariſcal replica, que con auer executoriado el mandamiento executorio , le aſsiſte coſa juzgada que opone: y que quando eſta no tuuieſſe entrada, defiẽde buen derecho en lo principal; y que ſe ha de confirmar

la

la sentencia de remate. Videamus ergo quis iustiùs induit arma.

Y para ello examinemos dos puntos: *Vno*, de la excepcion de cosa juzgada: *Otro*, de la justicia principal.

Primum punctum.

MAl se emplea la autoridad desta excepcion en el caso presente; pues las excepciones, de que el Licenciado se vale, y ayudò en el termino de la oposicion, quedaron preseruadas por la misma executoria del mandamiento de execucion. Y assi tan executoriada està la reserua, como el mandamiento; pues la sentencia es indiuidua, *l. in hoc iudicio 28. famil. hercisc.* & non potest eadem res eodem respectu diuerso iure censeri, *l. iam hoc iure 4. de vulg. l. eũ qui ædes, de vsucap. Tiraq. de nobilit. cap. 28. à n. 11. de retract. §. 1. gloss. 18. à num. 21. in l. si vnquam, verb. Donatione largitus, num. 284. ad medium. & num. 298. cum seqq. C. de reuocand. donat. Domin. D. Ioannes del Castillo lib. 2. controuers. cap. 23. num. 28.* Y consiguientemente tiene el executado cosa juzgada para que se le admitan, *cap. penult. de desponsat. impuber. iuncta gloss. ibi, verb. Saluis exceptionibus, Afflict. decis. 60. num. 4.* & aliàs passim. *Tantum abest, que le obste.*

Imò licèt reseruatio facta non fuisset, posset vtique easdem exceptiones in decendio proponere ad infirmandam executionem: quas ad impediendum ingressum, seu mãdatum executiuum opposuit *sine re, Bald. in l. præscriptione, n. 45. C. si contra ius, vel vtil. public. Iaffredus Balbus decis. 324. Magonius decis. Florent. 3. num. 1. & posteà per discursum, Anton. Gabr. de except. conclus. 1. num. 10 plures apud Arismin. Tepat. var. iur. sentent. tit. 252. de re iudicata, cap. 14. vers. 2.* quia ea (inter alias) ratione vtuntur. Quòd propositio ad vnũ

fi-

finem non valet egredi, nec extendere ad alium terminos suos, vt quotidie experimur in oppositis vice dilatoriarum, quæ si vt tales fuerint superatæ, poterũt nihilominùs in vim dilatoriarũ posteà adduci, *cap. veniens, el 2. de testibus, Suarez de Paz in praxi tom. 1. p. 1. temp. 7. num. 7.* Et erit ratio rationis: quoniam valdè inter se differunt, obicem apponere ingressui litis: vel ipsi iam instauratæ defensiones adijcere, vel repetere, quæ Actoris vota subuertant in negotio principali, *vt notius est, quàm testibus egeat.* Et existente discrimine, vel diuersitate intercedente, silet exceptio rei iudicatæ, & de vna specie ad aliam gradum facere nõ permittitur, *l. cùm quæritur, l. & an eadem, l. si mater 11. §. denique, l. si ex testamento 20. l. si cum testamento 21. de except. rei iudic. Surd. cons. 114. num. 21. & cons. 165. in fin. Gail lib. 1. obseruat. cap. 70. n. 17. Gratian. tom. 3. discept. cap. 445. num. 11. Anna allegat. 8. par. 1. maximè num. 10. & 11. Bartholom. Socin. cons. 264. n. 16. vol. 2.* De que resulta, hoc aduersariorum argumentum frustrà occupare membranas.

Præsertim, que para el mandamiento executorio no se instruyò el processo de probãças, y de los demas recaudos, que en el termino de la oposicion se hizieron, y presentaron. Y assi no procede la cosa juzgada del vn caso, y estado del pleito a otro. Exemplo eorũ, quæ tradunt *Gloss. in l. 2. C. de ordin. cognit. Bart. in l. 1. §. parui refert, quod vi, aut clàm, Decius cons. 90. Abb. cons. 50. n. 3. vol. 1. latè Sesse de inhibition. cap. 2. §. 3.*

Secundum punctum.

MEnester es suponer vn caso mas dificil que el nuestro, para que aya materia de cõtrouersia. *Y sea,* que don Pedro Luis de Hozes ouiesse dado poder al Licẽciado para cobrar del Administra-

 dor

dor los dichos vn mil ducados, y que en virtud del los ouiera cobrado. Y que pidiendoselos judicialmente, negàra deuerlos, pretendiendo auerlos gastado en satisfazer creditos del mandante, ò en otras cosas suyas.

Porventura este caso no fuera mas sujeto q̃ el nuestro a via executiua? Claro està, pues constaua del recibo que constituye deudor al mandatario. Y la calidad de que se quiere valer para euitar la restitucion de lo cobrado, es separada, y de diferente tiempo que su obligacion. Y por el consiguiente deuiera ser executado, reseruãdole sus defensas para los diez dias, *Gloss. extraordinaria in l. si quidem, C. de except. Bart. in l. Aurelius, §. idem quæsijt, de liberat. legat. Ioan. Gut. lib. 1. pract. quæst. 126. à num. 2.* Aunque otros dixeron, q̃ aun en estos terminos se le auia de conceder al reo termino para probar aquella calidad; y si lo hiziesse, absoluerle; y si no, executarle, *l. 8. tit. 3. par. 3. Parlad. lib. 1. quotid. cap. 1. §. 13. num. 14. & lib. 2. cap. fin. 1. par. §. 4. num. 12.* Y pujò *Surdo en la decis. 259.* hasta negar la separacion de la calidad de la confessiõ del debito. Por manera que solo negar que entonces deua lo que confiessa, y consta que deuia antes, por auer cobrado: pone a pleito la via executiua en dos de tres opiniones.

Si ergo hoc fit *in viridi* de auerse el Procurador reconocido en algun tiempo deudor del mandante, por la exaccion de la cantidad contenida en el mandato. Quid fiet *in sicco*, de auer negado la raiz de la obligacion, y declarado, que nunca la tuuo, porque nunca nacio. Respeto de no auer cobrado los vn mil ducados, y probado, que el intento de los contrayentes, y lo expressado se auia dirigido a esperar el caso (que no sucedio) de passarle aquella partida en cuenta al Administrador, para que llegasse cõ efeto el assumpto y vso del dicho poder? *Me hercle*, no es tolerable la sentencia de remate.

Por-

Porque no tiene el mandante contra el mandatario ſino vna accion mandati, para que le reſtituya lo que en virtud de ſu poder cobrò, *Tuſch.tom.8. lit.P. concl. 820.num.2.*ibi: *Et iſta actio,quæ competit domino cõtra Procuratorem pro exactis vigore mandati, de iure communi eſt ordinaria,non autẽ executiua,l.1.C.de execut. rei iudicatæ.* Y lo miſmo ha lugar Patrio noſtro iure attento, vt latiſsimè proſequitur *Girõda de priuilegijs, quæſt.111.à num.593.vſque in 603.*vbi ſtrenuè,& præter morem ordinatè defendit, & extendit thema, etiã in caſum, quo Procurator Sacramento fulcit exigiſſe pecuniam; ſed etiam in rem domini erogaſſe. Nam & hìc occludetur executioni aditus.

Tum, quia actus in origine, & radice ordinarius, principium petit,& ſapit,nec ex poſteà emergentibus, vel incidentibus, primæua natura cadit. Ex ratione *textus in l.qui id 34.de donat. l.ſi Procuratorem 8. mãdati,Gratian.tom.2.diſcept.cap.273.num.33. Ponte cõſ. 56.num.10.vol.1.*cum ſimilibus.

Cùm etiam, porque el Procurador que dà carta de pago,no tiene mas intento que librar al deudor de la cantidad que al mandante deue. Y no le paſſa por el penſamiento,ni aun le llega a el, confeſſarſe obligado al mandante por aquel acto, vt ſatis ſe res ipſa perhibet. Sed actus non extenditur vltra intentionem agentis,*l.non omnis ſi cert. pet. l. quidquid adſtringendæ de verb.Caualcan.deciſ.46.num.109.p.1.dec.23. num. par.2.deciſ.19.num.78.p.5.Surd.deciſ.71.nu.11.* Igitur impoſsibile eſt,que nazca,ni ſe cauſe contra el via executiua.

Y la q̃(a lo mas largo)puede produzirſe, es la equidad de la *l.ſi me,& Titium,de rebus creditis,* ibi: *Quia pecunia mea ad te peruenit, eam mihi à te reddi, bonum & æquum eſt,*quam mirabilem exclamat *Baldus cõſ. 348.factæ fuerunt,num.2. verſ. Conſidera,vol. 1.* Verũ ta-

tamen nemo mediocriter doctus ausus erit asseuerare executiuam fore. Præsertim no auiendose tratado, ni dispuesto esta entre mandante, y mandatario. Quod ad applicationem *dict. l. si me, & Titium,* desiderari, concors est omnium placitum, & sententia, *Menoch. de recup. poss. remed. 4. & alij quos refert, & amplectitur Barbosa in l. diuortio, 2. p. §. fin. num. 12. paulò ante finem.* Y asi por ningun camino le tuuo la sentencia de remate pronunciada contra el Licenciado, que ningũ instante de tiempo, ni aun de naturaleza fue deudor de don Pedro Luis de Hozes: ni necessitò de rescuentros con el para librarse de obligacion que nunca contraxo. Nã hæc proficiscenda erat ab exactione mille aureorum, vt à causa efficienti, & finali. Sicque ea nusquã orta, nec actionem oriri, nec obligationem nasci ambiget vllus, *l. iuris Gentium 7. vers. Sed cùm nulla subest causa, constat non posse oriri obligationem, de pactis, l. 2. §. circa, de doli except.* ibi: *Proinde, & si crediturus pecuniam stipulatus est, nec crediderit: & si certa sit causa stipulationis, quæ tamen, aut non est secuta, aut finita est, dicendum est nocere exceptionem.*

Y no ai que replicar de la opinion de los que dixeron, que el instrumẽto sin causa era exiquible; *Parlad. lib. 2. quotid. cap. 3. num. fin. & cap. fin. 1. p. §. 11. ampliat. 5. à num. 23.* Porque demas de ser la contraria mas juridica, y seguida en los Tribunales, vt testantur *Rebuf. de litteris obligatorijs art. 1. gloss. 9. n. 25. Chassan. in cõsuetud. Burgundiæ, fol. 363. n. 10. & 11. Carol. de Grassis lib. 1. Regalium Frãciæ iure 13. pag. 192. Auend. cap. 30. Prætor. num. 5. vers. Septimò requiritur, & in tit. de las excepciones num. 21. Didac. Perez in l. 1. de las entregas, colum. 1052. Anton. Gom. tom. 2. variar. cap. 11. n. 5. & cap. 9. n. 3. Ioan. Gut. de iuram. confirm. 1. p. cap. 4. n. 5. & 15. Azeued. in l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 170.* (vbi praxi seruandam admonet) *Suarez de Paz tom. 1.*

p. 4.

p.4.cap.3.n.10.Valdesius ad Roder. Suar. in l. post rem, notab.3.pag.105.col. 1.

Hablan *Parladorio, y los de su parecer* en terminos de la *l.2.tit.16.lib.5.Recop.* que dispone, q̃ comoquiera que vno se quiera obligar, quede obligado; y no en los nuestros, de no auerse querido obligar el Licenciado. Y asi no auiendo interuenido obligacion, ni consentimiẽto *re* (porq̃ no cobrò) *nec verbis*: porq̃ no se obligò à boluer lo q̃ no cobrasse. *Nec alio modo* legibus cognito. Non capimus qua fronte, quovè quæsito colore, se alargò el juez a sentenciar la causa de remate contra quien no estaua in vinculis obligationis à lege, vel ab homine constitutæ.

Y si se replicare, que quando entre el Licenciado, y el Administrador ouiesse interuenido el pacto de la cõfiança, no puede perjudicar à don Pedro Luis (que es tercero) ex regula *l. res inter alios actas, l. doli mali exceptio de nouat.*

Respondebimus multipliciter.

Primò, que el trato fue de todos tres, como de los autos consta; y asi cessa el argumento.

Secundò, que aunque el acto, ò obligacion se dirija à *vn tercero*, ò tenga la mira, y respectiuidad a el: no por esso queda obligado el que hizo el contrato obligatorio, si la causa porque le hizo, y celebrò, no se verificò, ò cessò. Ni podrà valerse *el tercero* de que quanto a el no puede causar perjuizio lo que entre otros passò, ò se hizo: sino q̃ aurà de estar sujeto, y atado precisamẽte à la raiz y origẽ del caso, porque se introduze, vt in *pulchro casu* innumeris iuribus, rationibus, & authoritatibus comprobato, & diuersis instantijs fulcito, tenuere *Gratian.tom.2 disceptat.273.à num.15. in 24. Rota* (quæ licèt ab ipso relata; non tamen erat suorum scriptorum tempore prælo mandata) *apud Farinacium decis.428.p.1.inter nouissimas Romanas*, donde se mouio esta question.

 El

El Cardenal Sforcia vendio cierto derecho al Marques de Sansegundo en precio de cincuẽta y cinco mil escudos: los quales concertò que se obligasse a pagar a los Montistas, como realmente se obligò. Y antes de cumplirse el plaço de las pagas, se mouiò pleito al derecho vendido, diziẽdo ser de fideicommisso, ò vinculo. Cumpliose, y executaron los Montistas al Marques; el qual se defendio con el defeto de la causa de su obligacion; por auerle salido incierto lo que cõprò. Ellos replicaron que erã *terceros*, en cuyo fauor se auia otorgado la obligacion de la paga llanamente; y que no les podia perjudicar la incertidumbre de la venta, aunque en su contrato ouiesse subsistido la causa de la obligacion: pero sin embargo sé pronũciò por libre al Marques. Y se satisfizo al punto de ser *terceros*, his verbis.

Neque obstat, quòd prædictà possint cõsiderari respectu Cardinalis, secùs autem respectu Montistarum: cùm Marchio, mediante stipulatione Notarij, ad eorum fauorem se obligauerit, & fideiusserit vti principalis principaliter, & insolidùm: & ideò fuit effectus correus debẽdi vnà cum Card. Moedan. decis. 2. de fideiuss. vnde nullus potest considerari defectus causæ respectu ipsorũ Mõtistarum. Quia fuit responsum: *Quòd ista obligatio March. est correspectiua ad promissionem Cardinalis, quod datiũ erat liberum ab omni fideicommisso purificato, & purificando incontinenti, cùm & in eodem instrumento hæc omnia fuerunt gesta. Corneus cons. 150. nu. 1. circa med. lib. 1. Grammat. decis. 103. num. 156. Et proptereà quòd Marchio sit principaliter obligatus ad fauorem Montistarum, & sic Tertij. Nihilominùs ista obligatio defectu causæ, quia non se principaliter obligauit; & fuit effectus correus debendi in grattam Cardinalis, & Montistarum simpliciter, sed ex causa venditionis Datij. Quamobrem cùm hodie cesset dicta causa, cessat itaque obligatio Marchionis, vt in puncto de obligatio-*

tione facta ad fauorem tertij dicit Aimon in conf.461.n. 39.lib.3. Y prosigue, y por todo el discurso funda solidamente aqueste assumpto.

Cuius motiua vrgentiùs militant in hoc casu. Y cōuencen ineuitablemēte, que aunq̄ el Licenciado auiēdo juzgado por llana la cobrança de los mil ducados en virtud del poder, se ouiera obligado à pagarlos à quien los deuiera, ò consignàra dō Pedro Luis de Hozes. Pudiera, saliendo incierta, librarse de la obligaciō de aquel tercero; porque fue respectiua, y tuuo mira à cobrança que no se hizo, y à causa que no tuuo efecto: la qual tambien comprehende *al tercero.* Aunque no aya participado de lo que passò entre aquellos q̄ ocasionaron el defecto de existencia de la causa: y assi cō mucha mayor razon le serà licito al dicho Licenciado que no se obligò à don Pedro Luis, ni à *tercero* alguno, euitar la paga de los vn mil ducados que no recibi . .

Mayormente auiendo procedido esto de hecho del mismo don Pedro Luis, nacido de no auer llegado el caso, y tiempo de su lugar, y grado. Et consequenter deuersele imputar à èl la falta, y efectos del sucesso, *l. iure ciuili 24. de condit. & demonstrat. l. in executione 85.§.fin.de verb. Gratian.tom.2.discept.270.colum.fin. Surd.conf.8.num.5.*

Et tandem principali difficultati respondetur: que aunque el Licenciado ouiera cobrado la dicha suma, no tuuiera obligacion de entregarla à dō Pedro Luis, ni à sus herederos, ò cessionarios: porque no eran, ni son parte para cobrarla, auiendosela echado fuera al Administrador; y el solo tuuiera derecho de pedirsela, y recobrarla, vel ex æquitate *d. l. si me, & Titium, de reb.cred.*

Vel cōdictione indebiti, quæ cōpetit soluenti ei cui debetur, quod tamē ipse nō debet, *l. si pœnæ, §. quanuis de condict. indeb.* cuius hæc verba. *Quanuis debitum sibi*

quis

quis recipiat, tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit. Y assi quando el Licenciado ouiera cobrado la partida, y fuera deuida à don Pedro Luis, pudiera retenerla para boluerla al Administrador. Y si la ouiera embolsado don Pedro, sacarsela, *ex sup. traditis.* Ergo dolo facit petens, quod statim restituturus esset.

Neque dicatur, que si vno recibe lo q̃ le deuen, aunque sea de quien no se lo deue, cessa la repeticion, *ex l. repetitio, de condict. indeb.* cuius hæc series: *Repetitio nulla est ab eo, qui suum recipit, tametsi ab alio, quàm à vero debitore solutum est.*

Nã omissis varijs interpretationibus, quas pro prædictis iuribus cõponẽdis, interpretes effuderunt: quas enumerant *D. Greg. Lop. Madera* Supremi Senatus meritissimus Consiliarius, *singularium animaduersionum iuris Ciuilis cap. 13. num. 3. Genua in conciliatione legum ad explicationem prædictorum iurium, pag. 136. & seqq. ex Typo Veneto anni 1616.* La cierta es la que defienden *Stella in d. l. repetitio, pag. 6. Dominicus Arumæus in suis disput. in Pandectas, disput. 11. cap. 17. pag. 167. Petrus Grangianus iuris Ciuilis cap. 19.* (quos refert, & amplectitur *Genua vbi suprà, num. 12. & seqq. vsque in finem.*) Quòd *textus in dict. §. quanuis* loquatur in eo, qui recipit rem duntaxat debitam. *Textus verò in d. l. repetitio,* procedat in recipiente illud, cuius dominus est ex rationibus per eos adductis. Vnde, no siendo nuestro caso *este segundo,* sino *el primero* (quando alguno ouiera de ser) siguese que estan tan lexos los cessionarios de los herederos de don Pedro Luis de poder pedir al Licenciado los vn mil ducados, que antes los deuierã restituir al administrador, ò à èl, si los ouieran embolsado. Ergo malè, & perperam in fauorem eorum, qui nullum ius ad præfatam summam habere possunt, addictionis sententiam pronuntiauit.

Vel ex eo etiam, quoniam neminem latet, instrumen-

mentum nullum executionem non mereri, & calculi addictionis expers omnino fore, *Beroius conſ.177. lib.1.Parlad.lib.2.quotid.cap.fin.5.p.§.11.n.11. Azeued.in l.1.tit.21.lib.4.Recop.n.91.Gut.li.1.pract.q.111. n.3.Giurba deciſ.22.à n.18.& deciſ.100. n. 8. Galleſius in tract.de camerali oblig.q.3.n.3.& 4.* Vbi contra inſtrumentum Camerale admittit exceptionem nullitatis notoriæ prouenientis ex eodem inſtrumento vel quæ poſsit in continenti liquidari. *Et ibi Syluester Zachias Scholiaſtes illius id latè proſequitur Cencius de cenſibus p.2.cap.2.q.4.art.1.num.8.pag.160.Rodriguez de annuis reddit.lib.1.q.16.n.19.circa fin.verſ.Quod limitandum cenſeo.Gut.de iuram.confirm.1.p. cap.2.nu.22. Scaccia de appellat.lib.3.q.19.remed.1.n.30.*

Sed ſic eſt, quòd ſolemnis apocha ſolutionis (ſuper qua vertitur quæſtio) illo nullitatis genere laborat, quod in continenti (ſeu in decendio, quod eſt idem ſecundum *Molin.de primog.lib.3.c.13.n.16.Barboſa de dictionib.dict.155.n.13.*) legitimè liquidatum fuit.

Igitur ſententiæ addictionis præfata apocha indigna redita eſt. Siue defectum inſtrumenti iuridicis documentis oſtenſum attendamus. Siue nullitatem actus inſtrumento comprehenſi perpendimus. Nam & hæc adeò validas in cõceptu iuris radices agit, vt exceptio, quæ aduerſus inſtrumentum non admittitur, contractum eo cõtentum, ſedem, & locum obtineat. *Antonius Canarius de execut. inſtrumenti q. 13. num. 25. tom.5.tractat.nouiſsimorum, fol.41.* cui conducunt traditiones *Galleſij ad formul.Cameral. obligationis, 1. p. q.3.à n.2.tom.2.p.2.eorumd.tract.fol.351.*

Minor autem (in qua huius ſillogiſmi vis conſiſtit) ex eo probatur, que la dicha carta de pago ſe dio en confiança, ſin auer recebido el Licenciado los dichos mil ducados, como delos autos cõſta, y delos teſtigos quibus ſimulatio ſatis probatur, *Farinac. de falſitat.q.*

 162.

*162.n.120.*etiam ſingularibus adminiculatiuis, vt *per eundem,num.124.& 125.* Imò & coniecturis tametſi perfectæ nõ ſint,iuxta *tradita num.97.& 102.* Y no es poco valida,y vehemente hallarſe la carta de pago en poder del Licenciado; pues la conſeruara el Adminiſtrador, ſi la ouiera pagado, para repetir de don Pedro Luis,y de ſus herederos la dicha cantidad por indeuida del: que es lo miſmo que vemos cada dia en los Iuriſtas,à quien los Recetores ordenan,que les dẽ, y hagan cartas de pago de los reditos antes de cobrarlos: las quales retienen los acreedores en ſu poder, ſin que aya quien diga,que por auerlas dado,recibieron el dinero,ni extinguieron el credito que contra los Recetores tenian: ſino que preuinieron aquellos recaudos con que darles ſatisfacion. Y ſi cobran, ſurten las cartas de pago efecto,y las entregan à los Recetores: y ſi no,no ſiruen al intento para que ſe eſcriuieron,por defecto de ſu cauſa final,que era la cobrança, *l. 13. C. de ſolut.*cuius hæc verba: *Si obligatum hominem ex cauſa mandati,nõ per ſtipulationem facta nouatione poſt acceptilationem liberaſti: ſed tantùm receptam ex eadẽ cauſa debitam quantitatem falsò ſcripſiſti, figmento veritatis extingui non potuit obligatio.* Porque la confeſsion *de recepto* no perjudica al que la haze: veritate ex aduerſo oſtenſa,*Gloſſ.in l.1.C.de confeſsis, Roman. ſingul. 520.num.10.Contardus in l.vnica,quæſt.6.num. 9. C. ſi de moment.poſſ.Beccius conſ.55.num.32.Surd. conſ.5. n. 43.vol.1.& conſ.315.n.64.vol.3.l.cùm falſa 5.C.de iuris,& facti ignorant.* Ni la q̃ ſe haze à diuerſo fin (como eſta) *Surd.conſ.371.num.62.vol.3.*Y aſsi nos hallamos en altura de vna carta de pago ſimulada y fingida, que aunque fuera de obligacion, no ſe pudiera executar,y mucho menos hazer remate por ella.

Nam contractus ſimulatus,cui cõtrahentes ipſi defectum valoris præueniunt, vel erga quem oſtendunt

ani-

animũ,ne obliget,nec adſtringat circa illud, quod adſtringeret, & obligaret: ſecluſo illo præuio animo, & voto contrario. Non eſt verè contractus, ſed fictio, & ſuppoſitio contractus. *Mantica tom.2. de ambig. conuent.lib.13.tit.35.n.1.& 2.cum alijs, Farinac.de falſ.t. q.162.p.1.n.6.& 7.& deinceps.* Vbi latiſsimè probant, hunc non eſſe contractum, nec inſtrumẽtum, nec illius nomine comprehendi: quoniam deficit conſenſus ſcriptæ, & alterius ineundæ obligationis. Adeò quòd id ipſo iure locum ſibi vendicet, *Crotus in repet. l. nemo poteſt, num.47. de legat.1. Tiraquel. de retract. lignag. §.1.gloſſ.2.n.12.13.& 15. Hipp.Rim. conſ.62. num. 27. Beccius conſ.52. à num. 35. lib.1. Hondedeus conſ.46. num.10.lib.1.*

Y aſsi faltando conſentimiento, y contracto en la carta de pago; y ſiendo, como es ninguna, y qual ſino ſe huuiera hecho. Biẽ ſe ſigue, que no fue capaz de produzir ſentencia de remate, *ex ſuprà traditis in puncto nullitatis euertentis viam executiuam.* Quibus Præterea in terminis conueniunt conſona placita aſſeuerantium ſimulantionis exceptionem impedire viam executiuam, *Bald.in l.fin.§.in cõputatione, C.de iure delib. Gut.in l. nemo poteſt, n.375. de legat.1. Parlad. lib. 2. quotid.cap.fin.5.p.§.11.num.14. Mexia ad leg. Toleti in reſponſione ad 2.fundam.n.3.& 4. Azeued.in l.1.tit. 21.lib.4.Recop.num.142. Auend. tit.de except. num.31. Rebuffus tom. 1.tit.de liter.obligat. art.1.gloſ.9.num.2.*

Quibus illam celebrem ſubnecto rationem, que la excepcion *de falſedad*, que la dicha *l.1.* admite contra el inſtrumento, no ſolo comprehende, que ſea *falſamete fabricado*: ſino tambien, *que la cauſa* referida en el contrato *ſea falſa y mentiroſa.* Ideſt, que no es cierto lo que en el ſe dize, y que lo contrario es verdad. Como ſe colige y infiere eſta interpretacion, de que ſi la obligacion nace de la cauſa, *d.l.2.§.circa, de doli except.*

cum

cum alijs ſuperiùs adductis. Y el inſtrumento no es la obligacion, ſino probança della, *l. cõtrahitur 4. de pign.* Y la excepcion de la falſedad de la probança (hoc eſt del inſtrumento) que es lo aceſſorio reſpecto de la ſuſtancia (pues ſin inſtrumento ai otros modos de aueriguacion *gloſſa magiſtra in aut. vt ſine prohibitione matres*) impide la execucion. Con mucho mayor razon la impedira la falſedad en la ſuſtancia. Y aſsi es la ſimulacion excepcion literal *de la lei Real*, y fundamento juridico, que comprueba la falſedad, y impide el remate etiam iure communi. *Farinac. de falſ. q. 162. n. 35.*

Et ita ex his omnibus pro Reo aduerſus Actorẽ ferendum calculum ſperamus. Excepta ſuperiori cẽſura Clariſsimi Domini ius dicentis.